



**HAL**  
open science

## Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2017, 02, pp.529. halshs-01843497

**HAL Id: halshs-01843497**

**<https://shs.hal.science/halshs-01843497v1>**

Submitted on 26 Jun 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ?**

*N. Balat, Forclusion et prescription, RTD civ. 2016. 751*

Frédéric Rouvière

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

*Laboratoire de théorie du droit*

L'article de *Nicolas Balat* n'est pas seulement intéressant parce qu'il prend parti sur la difficile distinction des délais de prescription et de forclusion. Ce qui mérite notre attention est surtout le problème méthodologique implicite qui sous-tend l'article : comment doit se construire un concept juridique et surtout quelles sont ses fonctions ?

La thèse défendue par l'article est claire : il n'y a pas entre prescription et forclusion une différence de nature mais seulement une différence de degré. Ainsi s'expliquerait la difficulté à distinguer les deux catégories puisque leurs effets sont similaires : éteindre un droit. Aussi, la prescription serait le principe et la forclusion un « mécanisme exceptionnel » (N. Balat, préc., p. 760) avec un « régime de rigueur » (p. 759) : l'écoulement du délai d'une traite. D'où la nécessité qu'il y aurait à créer le principe « pas de forclusion sans texte ». Ainsi, si le législateur ne qualifie pas le délai, il faudrait retourner au principe : c'est une prescription. Le régime de la forclusion est d'ailleurs difficile à identifier. Il a des points communs avec la prescription (interruption par la demande en justice, la mesure conservatoire ou l'exécution forcée) et d'autres qui l'en distinguent (ni interruption, ni suspension). Pour le reste, Nicolas Balat pense que tout est incertain : relevé d'office par le juge, loi applicable, pertinence des forclusions conventionnelles. Restaurer la prévisibilité semble devoir passer par la réécriture de la loi et un exposé légal clair du régime de la forclusion.

Examinons la première question : comment doit se construire un concept juridique ? L'idée maîtresse de la méthode juridique est qu'une différence de nature implique une différence de régime. Mais la réciproque est également vraie, elle est même encore plus précieuse dans le domaine de la recherche : c'est parce que les régimes sont différents que la nature juridique doit l'être (F. Rouvière, *Le revers du principe différence de nature (égale) différence de régime*, in *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 415). Pour le dire autrement, une identité de régime pointe vers une identité de nature. C'est bien l'argument majeur de Nicolas Balat pour réfuter la distinction : prescription comme forclusion ont pour fonction similaire d'éteindre un droit. L'identité de leur régime indique l'identité de leur nature.

Seulement, à la différence de l'auteur, nous pensons que la prescription et la forclusion peuvent appartenir au même genre tout en présentant une différence de nature. Tout dépend du degré de généralité où l'on se place. Les chiens et les chats ont une nature différente mais ce sont pourtant des animaux : le genre est commun. Cette façon de conceptualiser remonte à la théorie de la définition chez Aristote (*Topiques*, VI, 4, 141b, 25). Ainsi, pourquoi la forclusion et la prescription peuvent être toutes les deux interrompues par une citation en justice, une mesure d'exécution, ou éteignent chacune le droit ? Parce que c'est là le régime juridique du délai, régime qui dévoile justement une nature juridique commune ! En effet, il n'est pas contestable que la prescription et la forclusion sont des délais : elles ont donc un régime partiellement commun qui leur provient de leur nature commune. Par là se vérifie que « identité de nature (égale) identité de régime ». Certes les chiens et les chats sont des animaux mais nous pouvons les distinguer selon leur nature propre ; de la même façon, la prescription et la forclusion sont des délais qu'on peut distinguer selon leur nature propre.

Dans cette voie, les différences de régime certaines que reconnaît l'auteur ouvrent la voie à une différence de nature tout aussi certaine. Le fait que plusieurs auteurs pensent que la forclusion soit une forme de peine (comme la déchéance dont elle n'est que la variation temporelle) explique justement le fameux « régime de rigueur » dont parle Nicolas Balat : pas de suspension, pas d'autres formes d'interruption que celles reconnues pour un délai en général. Ce

qui rend les choses confuses dans la loi est que le législateur n'a pas conceptualisé le délai de façon distincte de la prescription. Le travail de la doctrine est alors de démêler cet écheveau. La forclusion n'est donc pas selon nous une « prescription sévère » mais bien plutôt un délai sévère.

Toutefois - c'est la deuxième question - que faisons-nous alors du reste, de toutes les solutions incertaines ? La fonction des concepts juridiques n'est-elle pas d'indiquer clairement la solution applicable ? Certes, c'est justement l'une des fonctions des concepts juridiques que de justifier les solutions retenues : c'est bien parce que le délai est une forclusion qu'il ne peut pas être suspendu, que le juge doit le relever d'office et qu'il existe un relevé de forclusion. Mais les concepts juridiques ont aussi pour fonction de proposer une représentation cohérente du droit positif. C'est l'une des fonctions majeures de toute théorie : mettre de l'ordre, classer, distinguer. Attribuer à chaque régime la nature qui lui revient n'est qu'une des formes de cette visée ordonnatrice. Ainsi, les concepts élaborés à partir des données positives du droit (loi, jurisprudence) ne sont pas premièrement critiques : ils sont d'abord *de lege lata*. Bref, le droit positif provient de la conceptualisation qu'on en fait. Une mauvaise conceptualisation rend le droit positif plus critiquable car moins cohérent. Et si l'on nous répond qu'il l'était déjà, alors nous rétorquerons qu'avant la théorisation, le droit positif n'existe pas, il est le produit et la résultante de la théorie (V. sur ce point, E. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, p. 45).

Bien entendu, cela ne signifie pas qu'il ne faut jamais proposer de réformes ou de réécriture de la loi, spécialement dans des domaines aussi touffus que la prescription et la forclusion. Cependant, cela veut dire qu'avant de réformer, il faut d'abord interpréter les textes de la façon la plus charitable possible, c'est-à-dire avec un maximum de rationalité (sur le principe de l'interprétation charitable : W. v. O. Quine, *Le mot et la chose*, Flammarion, 1990, p. 101). Or, en droit, l'expression parfaite de la rationalité est l'ordre au sens de la cohérence entre les catégories et les solutions retenues. Ce n'est que de cette façon que nous pouvons mesurer ce que la réforme changera véritablement dans le droit applicable. La définition légale actuelle de la prescription, à partir du critère de l'inaction, définit son genre (le délai) et non son espèce. La définition est incomplète. Faut-il faire table rase ? L'œuvre technique de la doctrine consiste justement à venir compléter l'édifice par une interprétation patiente des arrêts et une fréquentation assidue des concepts. Nous sommes de ceux qui pensons qu'il est plus pertinent de changer notre façon de regarder le droit positif que de réécrire les textes qui lui servent d'appui. En effet, le droit positif n'existe que dans notre regard.